

LA FUSIÓN DE COOPERATIVAS

Cristina Cano Ortega (Marcial Pons, Madrid 2015)

Por Luisa María Esteban Ramos

Profesora contratada doctora de Derecho Mercantil - Universidad de Valladolid

1. El Capítulo introductorio de la obra comienza haciendo referencia al problema que plantea la dimensión de las cooperativas españolas, así como a las medidas legales para incentivar su integración. Es evidente el especial interés que muestran las empresas en los procesos de concentración, como instrumentos útiles para hacer frente a los problemas derivados del reducido tamaño de las mismas y poder ganar así competitividad. Al respecto, no se puede olvidar la alta fragmentación que presenta el tejido empresarial español.

El fenómeno de la concentración afecta a todos los sectores, incluido el agroalimentario, aunque a éste ha llegado más tarde y con menos fuerza. Aunque la concentración ha afectado más a las sociedades mercantiles de capital, también ha alcanzado a las cooperativas, que disponen de diversas formas de concentración más allá de las cooperativas de segundo grado, que es la forma genuina de integración.

La autora analiza la realidad y las tendencias de los procesos de concentración de las cooperativas agroalimentarias en España y a nivel internacional. El sector agroalimentario es un sector básico en la economía española. En él se aprecian asimetrías entre los eslabones de la cadena alimentaria, teniendo los distribuidores un mayor poder de negociación. Para proteger a la parte débil en estas operaciones, se aprobó la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, que regula las operaciones realizadas

entre los operadores de la cadena. A este dato, en el caso del cooperativismo agroalimentario español, hay que añadir otros aspectos negativos tales como el que los Consejos Rectores tengan una excesiva estructura y poca preparación en gestión empresarial.

Frente a estos nuevos retos, aumentar la dimensión, buscar economías de escala, aprovechar las sinergias, ... juegan un papel principal para convertir a las cooperativas en entidades más competitivas. Ganar dimensión es un instrumento para mejorar la competitividad, que también viene dada por otros factores.

En España los procesos de integración de cooperativas agroalimentarias no han tenido el mismo impulso que en otros países. El modelo de empresa agroalimentaria española es el de una empresa pequeña, lo que limita su poder de negociación frente a la industria y a los distribuidores. Los datos de la realidad española demuestran que el cooperativismo agroalimentario español se encuentra muy atomizado y precisa aumentar su dimensión para poder competir en condiciones de igualdad con el resto de los operadores económicos a nivel mundial. No es excusa para no participar en procesos de concentración el argumento de que la Ley de Cooperativas no ofrece herramientas adecuadas para impulsar estos procedimientos, ya que en la misma se recogen varias fórmulas, entre las que se incluye la fusión.

A nivel mundial, en el top de las 100 cooperativas agroalimentarias, Europa es la que tiene mayor número en la lista, la cual, está liderada por una cooperativa japonesa, país en el que el sistema de cooperativas presenta un alto grado de concentración. En Europa se observa un fenómeno de desaparición de las cooperativas menos eficientes y de concentración empresarial. No obstante, hay diferencias entre los países del norte, que cuentan con una oferta claramente concentrada, y los del sur, con un cooperativismo muy atomizado. Las grandes cooperativas agroalimentarias líderes en Europa han utilizado frecuentemente las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento frente a otras alternativas.

En lo que respecta al ámbito normativo en materia de cooperativas hay que tener en cuenta, en primer lugar, el artículo 129.2 Constitución Española que establece que los poderes públicos fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También se menciona el artículo 108 LCOOP. Entiende que se establece un doble mandato dirigido a los poderes públicos: la promulgación de una legislación adecuada para el tipo social cooperativo y el fomento de la cooperación, debiendo respetarse la normativa comunitaria y nacional sobre defensa de la libre competencia económica.

En el marco normativo español de los procesos de concentración de cooperativas, nos encontramos con la Ley de Cooperativas Estatal y las Leyes de Cooperativas autonómicas. Además, hay que citar ciertas leyes para cooperativas especiales, las normas que regulan el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, los reglamentos de desarrollo de las leyes de cooperativas y los de funcionamiento de los registros de cooperativas y las que regulan el régimen fiscal de las cooperativas. Esta dispersión normativa puede obstaculizar los procesos de concentración de las cooperativas. A lo que hay que añadir que en España, a diferencia de otros países, no se ha promovido de forma intensa la concentración de cooperativas.

En el sector agroalimentario el Estado no ha tratado de dar una verdadera respuesta a la necesidad de someterse a una reestructuración hasta el año 2013, con la Ley 3/2013, de 2 de agosto de Fomento de la integración de Cooperativas y otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, que crea la Entidad Asociativa Prioritaria. Con esta norma se busca que las cooperativas agroalimentarias españolas alcancen una dimensión parecida a las del mismo sector de los países de nuestro entorno. Dentro de las formas de concentración que menciona esta norma se incluye de forma especial la fusión. Esta Ley demuestra que la integración de las cooperativas y otras entidades agroalimentarias no es sólo una tendencia empresarial, sino también una política pública fomentada por los poderes públicos, lo que exige el análisis de las distintas formas de integración de cooperativas.

En el apartado segundo de la Introducción se trata sobre las distintas formas de integración. Las cooperativas pueden alcanzar una mayor dimensión a través de fórmulas de crecimiento interno o externo. El interno se realiza a partir de competencias y recursos propios. Esta forma es difícil de realizar por la dificultad que tienen las cooperativas de acceder a recursos financieros. Por ello, muchas empresas optan por la concentración, forma de crecimiento externo. En el ámbito de las cooperativas, las leyes hablan más que de concentración de procesos de integración, conceptos que no son coincidentes pero que el legislador español ha utilizado como sinónimos.

Dentro de los procesos de integración se puede diferenciar entre integración cooperativa, colaboración para conseguir un fin empresarial, y asociacionismo cooperativo, movimiento organizado jurídicamente para defensa y promoción de sus intereses. La operación de fusión se incluye dentro de los procesos de integración cooperativa con vinculación patrimonial, que supone la pérdida de personalidad jurídica de algunas o de todas las empresas que participan en la operación.

La Introducción termina con una mención genérica a distintas fórmulas de concentración de cooperativas: modificaciones estructurales, con especial referencia a la fusión; Sociedad Cooperativa Europea; las cooperativas de segundo o ulterior grado; los grupos cooperativos y otras fórmulas de colaboración económica.

2. El Capítulo I se dedica a analizar cómo está regulada la fusión de cooperativas en el Derecho comparado y en el derecho español. Dentro de los modelos del Derecho comparado encontramos, en primer lugar, aquellos ordenamientos, como es el caso de Portugal o Canadá, donde la fusión de cooperativas se regula en las leyes cooperativas. Por otra parte, están los ordenamientos en los que la regulación de la fusión de cooperativas se lleva a cabo a través de la remisión o de la aplicación directa de las leyes de sociedades de capital. Así se hace en Italia, Alemania, Francia, Reino Unido e Irlanda. Por último, se menciona el caso de Austria, donde nos encontramos con una norma específica que regula la fusión de cooperativas, fuera de la ley de cooperativas.

En relación al modelo español, la autora lleva a cabo un repaso de la evolución que ha sufrido la regulación de la fusión de las cooperativas en nuestro país. En la etapa preconstitucional la primera norma que reguló algún aspecto de la fusión de cooperativas fue la Ley de 2 de enero de 1942, de Cooperación, que se limitó a reconocer la competencia de la Junta General para decidir sobre la fusión o unión con otras cooperativas. Posteriormente, la Ley General de Cooperativas de 1974 alude no sólo a la fusión, sino también a la escisión. El Reglamento de 1978 que desarrollaba la Ley del 74, siguió el modelo de fusión establecido en la Ley de Sociedades anónimas de 1951.

La Constitución española alude a las cooperativas en el art. 129.2, al incluir un mandato a los poderes públicos para que promuevan eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomenten, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. La Constitución no dice a quién corresponde la competencia sobre cooperativas, no incluyéndola de forma expresa en el listado de competencias exclusivas del Estado. Lo que ha llevado a que las Comunidades Autónomas asuman competencia en relación con las cooperativas.

La Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987, que reconocía su carácter de derecho supletorio respecto al derecho de las Comunidades Autónomas con competencias legislativas en la materia, regulaba la fusión de cooperativas con bastante detalle.

Posteriormente se aprobó la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, de la cual se destaca, como novedad importante, la de la regulación de fusiones y transformaciones heterogéneas y la constitución de grupos cooperativos.

Además de la normativa estatal, existen diversas normas autonómicas. A la vista de todas ellas, se observa que la mayoría regulan detalladamente el régimen jurídico de la fusión y el resto, contemplan un régimen jurídico muy escueto. Esta multiplicidad de leyes cooperativas dificulta los procesos de concentración entre cooperativas de distintas Comunidades Autónomas.

El último apartado del Capítulo I trata de la cuestionada mercantilidad de las cooperativas. Entiende que es incuestionable en la actualidad el carácter mercantil de las cooperativas, a pesar de que en nuestro derecho no se reconozca expresamente. Esto justifica que sea aplicable la normativa en materia de sociedades mercantiles en los supuestos de laguna legal en el régimen jurídico de las cooperativas. En cuanto a la fusión de las cooperativas, la justificación de la aplicación supletoria de la Ley de Modificaciones Estructurales a la fusión de cooperativas se encuentra en la analogía *iuris*.

3. En el Capítulo II, después de enumerar los efectos esenciales de la fusión: extinción de las sociedades participantes en la operación, de todas o de todas menos una; paso de los socios de las sociedades participantes a la sociedad resultante y transmisión en bloque por sucesión universal de todo el patrimonio de las sociedades participantes a la sociedad resultante, se lleva a cabo un análisis más detallado de cada uno de los mismos en relación con las cooperativas. Respecto al paso de los socios de las sociedades participantes a la resultante, se pone de manifiesto que este efecto en el ámbito de las cooperativas no puede efectuarse, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de capital, a través de la relación de canje sino que el paso de las respectivas posiciones de socio es resultado del valor contable que se reconozca a las aportaciones de capital en la cooperativa extinguida. En la transmisión en bloque de los patrimonios, se recuerda que en el caso de las cooperativas dentro de los elementos patrimoniales transmitidos se incluyen los fondos sociales obligatorios o voluntarios que se incorporan en los de la cooperativa resultante. Es importante respetar el destino de estos fondos ya que puede suponer una infracción grave no destinar los fondos irrepartibles de acuerdo a lo dispuesto en la ley para los supuestos de transformación, fusión o escisión de cooperativas.

En un segundo apartado se aborda el complicado tema de la naturaleza jurídica de la fusión, haciendo un repaso de las principales teorías al respecto. En cuanto al momento del procedimiento en que debe ubicarse el negocio central

de la operación, señala que éste debe situarse en la fase del proyecto común de fusión, siendo necesarios los acuerdos de las asambleas de las sociedades para ratificarlo. La producción de los efectos del proyecto queda condicionada a su aprobación por las sociedades participantes dentro del plazo correspondiente. Esta solución es también la que debe admitirse en el caso de la fusión de cooperativas.

En el último apartado del capítulo se recogen diferentes modalidades de fusión en función de distintos criterios. En primer lugar, la distinción clásica ente fusión propia y fusión por absorción, reconocida en todas las leyes de cooperativas, la estatal y las autonómicas. En segundo lugar, se menciona la fusión entre cooperativas de la misma o de distinta clase, siendo pocas las leyes de cooperativas que aluden a la fusión entre distintas clases de cooperativas. Las fusiones también pueden ser homogéneas, las realizadas entre sociedades del mismo tipo social, y especiales o heterogéneas, cuando las sociedades participantes son de distinto tipo. Esta posibilidad contemplada por el legislador se corresponde con una visión realista del mercado y de la realidad económica. En función del ámbito territorial de las sociedades cooperativas intervinientes, se diferencia entre la fusión de ámbito autonómico y supraautonómico, planteando éstas últimas el problema de determinar cuál sea la legislación aplicable. También en atención al mismo criterio se puede diferenciar entre fusiones nacionales y transfronterizas, que pueden ser intracomunitarias o extracomunitarias. Por último, se alude brevemente a las fusiones ordinarias y abreviadas y a las fusiones propias e impropias.

4. El Capítulo III se dedica al estudio del procedimiento de fusión de cooperativas. Procedimiento que tiene carácter imperativo, de manera que han de observarse todas sus fases para que la fusión sea válida. Dentro del proceso de fusión, la doctrina diferencia cuatro fases: preliminar, decisoria, de pendencia y protección de socios y acreedores y de ejecución.

En la fase previa, la figura central son los Consejos Rectores de las distintas cooperativas participantes, que son quienes han de llevar a cabo las negociaciones previas y han de plasmar los resultados de las mismas en el proyecto de fusión. Esta fase incluye tanto las negociaciones previas, como el proyecto de fusión y los informes que deben realizarse sobre el mismo. El proyecto es el negocio jurídico esencial de la fusión, y el eje de todo el procedimiento. Es un elemento fundamental de información de socios y acreedores. Es el presupuesto legal de los acuerdos de fusión.

En la fase decisoria el protagonismo es asumido por la Asambleas Generales, que son los órganos que deciden si aprueban o no el proyecto de fusión elabo-

rado en la fase anterior. Para que pueda adoptarse esa decisión, es preciso que las Asambleas sean previamente convocadas, lo que debe hacerse con unas garantías mínimas para que los socios puedan informarse adecuadamente y tomar su decisión de manera consciente. Con la convocatoria se da a conocer a los socios el lugar y fecha de celebración de la Asamblea, aunque también sirve para proporcionarles la información necesaria. Al publicar la convocatoria debe ponerse a disposición de socios, o en su caso asociados, en el domicilio social, una serie de documentos que garanticen su derecho de información. Documentos que han de referirse no solo a su propia sociedad, sino también a las demás participantes en la operación, ya que es preciso valorar la situación de todas ellas. Dentro de esa documentación, la contable tiene especial relevancia.

Para que la fusión resulte aprobada, es preciso el acuerdo de las Asambleas Generales de cada una de las cooperativas participantes, acuerdo que no puede modificar el proyecto de fusión y que debe ser adoptado con la concurrencia de una mayoría reforzada.

Los acuerdos de fusión de cada una de las sociedades cooperativas deben ser publicados, marcando dicha publicación el momento de inicio de la fase tuitiva de los socios y acreedores. La publicidad reforzada del acuerdo de fusión encuentra su justificación en el hecho de que la operación afecta además de a los socios cooperativistas, a los acreedores.

En la fase de pendencia y protección de socios disconformes y acreedores se analiza el derecho de separación atribuido a los socios y el derecho de oposición de los acreedores sociales. En la fusión de cooperativas, a diferencia de lo previsto en la Ley de modificaciones estructurales para las sociedades mercantiles, la protección de los socios que no hayan votado a favor de la fusión se materializa en el reconocimiento a los mismos del derecho de separación. Derecho que algunos autores no califican como tal, sino como un supuesto de baja. En lo que respecta al derecho de oposición de los acreedores, debemos tener en cuenta que, aunque la fusión no afecta a la existencia de su derecho de crédito, sí afecta al patrimonio de las sociedades que se fusionan que actúa como garantía de los mismos. En el caso de las cooperativas, como no se exige el aumento de la cifra de capital en la sociedad resultante, la función de garantía que cumple el capital social puede correr más peligro que en las sociedades de capital. Con el reconocimiento del derecho de oposición se permite que la sociedad pueda adaptarse a las nuevas necesidades sin que los acreedores resulten perjudicados, ya que la fusión no podría realizarse una vez ejercitado el derecho de oposición, sin que se aseguren

o garanticen los derechos de los acreedores. La legitimación para oponerse a la fusión varía de unas normas de cooperativas a otras. La oposición impide que el acuerdo se lleve a efecto hasta que no se hayan satisfecho los créditos o se haya aportado una garantía suficiente.

En la fase de ejecución tiene lugar la fiscalización del procedimiento por parte de los encargados de la documentación pública e inscripción de la operación, ya que para que se puedan ejecutar los acuerdos adoptados, es preciso que se eleven a escritura pública y que se inscriban en el registro correspondiente. El notario realiza un control de legalidad que se extiende al contenido de los acuerdos y a todo el proceso de fusión, de forma que sólo autoriza la escritura si se cumplen los requisitos legales y, en su caso, estatutarios. La escritura pública debe ser única, lo que implica que todos los acuerdos adoptados en las distintas cooperativas participantes se eleven a una sola escritura, y que todos los actos que se elevan a escritura, acuerdo de fusión, extinción de las sociedades que se fusionan, constitución de una nueva cooperativa o la absorción, la modificación de estatutos, se haga de forma unitaria.

Hasta que no se produzca la inscripción, no existirá la fusión como tal, sólo existiría una fusión de hecho o irregular. La inscripción es obligatoria y constitutiva. La inscripción supone la cancelación de las cooperativas que se extinguen y la modificación de la absorbente o el nacimiento de la cooperativa que se constituye como consecuencia de la fusión. En el caso de la fusión de cooperativas, hay que tener en cuenta que las cooperativas que se fusionan pueden pertenecer a distintas Comunidades Autónomas y estar inscritas en diferentes registros, lo que plantea determinadas particularidades que se analizan en la obra, así como también se hace referencia al supuesto de fusiones heterogéneas.

En lo que respecta a la impugnación de la fusión de cooperativas, ninguna de las leyes que las regulan contemplan dicha posibilidad. Esto podría entenderse, bien como una imposibilidad de impugnar la fusión una vez que se haya inscrito, bien en el sentido de entender que la impugnación de la fusión inscrita se rige por las reglas generales en materia de impugnación de acuerdos. La autora se inclina por entender que lo más adecuado sería admitir la impugnación de la fusión inscrita, ya que otra solución facilitaría el fraude y la injusticia, proponiendo la conveniencia de que se regule la impugnación de la fusión en todas las leyes de cooperativas, de forma similar a como se hace en la Ley de Modificaciones estructurales. Y no sólo realiza esta propuesta, sino que además entiende que debería preverse alguna alternativa a la impugnación de la fusión como la posible recla-

mación de daños y perjuicios que sufran socios y acreedores, teniendo en cuenta la dificultad e inconveniencia de deshacer la fusión.

5. El último Capítulo se destina al análisis de, lo que denomina, otros aspectos relevantes de la fusión de cooperativas. En primer lugar, analiza las peculiaridades que se presentan cuando en la fusión participan cooperativas que se encuentren en liquidación o en estado de concurso.

La posibilidad de participación en un proceso de fusión de cooperativas en liquidación está prevista en la mayor parte de las normas autonómicas y en la estatal de cooperativas, siempre que no haya comenzado el reembolso de las aportaciones al capital social a los socios o asociados. En este supuesto, los liquidadores realizarían las funciones que correspondían al Consejo Rector en este ámbito, como participar en la elaboración del Proyecto de fusión; convocar la Asamblea General, ... La realización de operaciones por la cooperativa en ese período queda supeditada al respecto al deber de integridad del patrimonio y a que esas operaciones sean necesarias para la liquidación de la cooperativa. La cooperativa en liquidación puede intervenir como sociedad absorbida o absorbente, siendo necesario que después de la fusión salga de ese estado.

En cuanto a la participación en la fusión de una sociedad cooperativa en concurso, está admitida en dos leyes autonómicas, donde se exige la autorización judicial para participar en una fusión, en el supuesto de que la liquidación sea consecuencia de la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación cuando la cooperativa se halle en concurso. No se hace referencia al supuesto en que la solución del concurso sea el convenio, no obstante, se entiende que es posible con más razón. Además, la Ley Concursal reconoce la posibilidad de que la fusión de la sociedad concursada pueda ser parte del contenido del convenio. También entiende que la fusión podría ser una solución paraconcursal de refinanciación de la deuda empresarial. En cualquier caso, admitida la participación en la fusión de las cooperativas en concurso, el problema es armonizar el procedimiento concursal y el proceso de fusión, así como también plantea problemas el entendimiento del derecho de oposición de los acreedores y de separación de los socios.

En este Capítulo también se alude al régimen fiscal de las fusiones.

La obra finaliza con una referencia a la realidad de las fusiones de cooperativas agroalimentarias en España. En los últimos años se ha incrementado el número de fusiones de cooperativas de todos los sectores, en especial, el agroalimentario, respaldado por los poderes públicos. Además, muchos de los procesos de concentración se han realizado por las grandes cooperativas del país, cuando

deberían haberse realizado por las más pequeñas, para ganar dimensión y ser más competitivas. También se apunta que muchas de las negociaciones que se inician por las cooperativas para fusionarse no llegan a buen fin.

A la vista de datos estadísticos, se concluye que la figura de la fusión tiene éxito entre las cooperativas agroalimentarias en los últimos años. Esto supone un avance hacia una mayor dimensión media de nuestras cooperativas, lo que debería conducir a mejores resultados, haciéndolas más competitivas en un entorno más internacionalizado. Sin embargo, la tendencia de las cooperativas a utilizar la fusión como vía de integración, no se acompaña de datos económicos que respalden el éxito de esas operaciones. No parece lograrse el nivel de concentración necesario que permita reducir los costes de amortización y los del proceso productivo. La consecución de estos ajustes es todavía más difícil en las cooperativas que en otras entidades, por las propias características de las mismas. No obstante estos aspectos negativos, la autora entiende que no se puede pensar que la fusión no es una opción útil para el crecimiento de las cooperativas agroalimentarias españolas. Para ello basta fijarse en el éxito que estas operaciones tienen en otros países europeos. También encontramos ejemplos de fusiones de éxito en nuestro país. En definitiva, será necesario analizar detenidamente en cada caso los objetivos que se quieren alcanzar, las cooperativas que quieren participar, la viabilidad del proyecto y realizar una correcta planificación de los pasos a seguir con posterioridad para ver cuál es la vía de concentración a utilizar. La fusión presenta ciertos inconvenientes, pero también tiene ventajas que pueden hacer de ella una vía de integración de cooperativas tan apta e idónea como las demás.